



O SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*¹, A EFICIÊNCIA E O CONSENSO DO MODELO NEOCLÁSSICO ORDENALISTA SUBJETIVISTA A PARTIR DE RICHARD POSNER: RUPTURA OU (RE)APROXIMAÇÃO AO (ESTADO DE) DIREITO CONTEMPORÂNEO²

THE SECOND MOVEMENT OF LAW AND ECONOMICS, EFFICIENCY AND CONSENSUS OF THE ORIENTING NEOCLASSICAL SUBJECTIVE MODEL OF RICHARD POSNER: RUPTURE OR (RE)APPROXIMATION TO CONTEMPORARY RULE OF LAW STATE

Alfredo Copetti Neto³
José Luis Bolzan de Moraes⁴

Resumo

Aborda-se, neste ensaio, os fundamentos teóricos do segundo movimento *Law and Economics*, sobretudo se pensado a partir das obras de Richard Posner. Enaltece-se, assim, o modelo ideológico e político assumido e observa-se criticamente o desenvolver teórico do aspecto eficientista (Pareto e Kaldor-Hicks) aplicado ao direito. Por fim, ressalta-se o descompasso do segundo movimento *Law and Economics* em relação ao modelo contemporâneo de estado de direito.

¹ Tem-se defendido que existiu uma primeira corrente *Law and Economics*, ideologicamente progressista, que se desenvolveu entre o final do Século XIX e o início do Século XX, cuja origem está na *German e English Historical School of Economics*, no Insitucionalismo e no pragmatismo americanos. Já, o segundo movimento unicamente caracterizou a forte opção político-ideológica proveniente da *Universidade de Chicago* a partir da metade do século XX – *locus* inicial da aplicação da *microeconomia neoclássica subjetivista* no direito –, na medida em que avocou para si um conceito restrito de ciência, a partir do individualismo metodológico, e um conceito matematizado e purificado de economia, como ciência de meios, focada na escassez e no subjetivismo marginalista a partir de L. Robbins. Nesse sentido ocorreu a expansão da crítica ordenalista neoclássica subjetivista à era progressista, a reestruturação da preferência pelo comando do mercado – como mecanismo fidedigno à alocação de recursos ao posto do estado –, o que desencadeou o segundo movimento *Law and Economics*.

² Artigo recebido em: 10/10/2012. Pareceres emitidos em: 03/12/2012 e 06/12/2012. Aceito para publicação em: 20/12/2012.

³ Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi di Roma Tre (título revalidado PPG-D/UFPR). Mestre em Direito Público pela Unisinos. Cumpre estágio Pós-Doutoral com bolsa PDJ/CNPQ no PPG-D Unisinos. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Unijuí. Advogado OAB-RS. Mail: alfredocopetti@yahoo.com.

⁴ Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-RJ. Doutor em Direito do Estado (UFSC/Université de Montpellier I). Professor do PPGD/Unisinos (Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes, CNPQ, Fapergs, Fapesq e UFRN. Pesquisador CNPQ. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição (CNPq). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mail: bolzan@hotmail.com.



Palavras-chave: Segundo movimento *Law and Economics*. Eficiência econômica. Estado de direito contemporâneo.

Abstract

It addresses, in this essay, the theoretical foundations of the second movement Law and Economics, especially if considered from the works of Richard Posner. Commends itself therefore the ideological and political model assumed and observed critically the development of the efficientist theoretical aspect applied to the right. Finally, we emphasize the mismatch of the second movement Law and Economics in relation to the contemporary model of rule of law.

Keywords: second movement Law and Economics - economic efficiency – contemporary rule of law.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O desinteresse, e, até mesmo, a rejeição às premissas redistributivas da *American Progressive Era* (HOVENKAMP, 2009, Vol. 42, p. 993), fundada sob a acusação lógico-positivista referente à impossibilidade de verificação/falsificação de qualquer comparação interpessoal da utilidade, fez com que a *maistream economics* se voltasse a um papel teórico preocupado estritamente com o entendimento da manifestação externa – como, por exemplo, as transações voluntárias do mercado – das escolhas individuais subjetivas em relação a bens escassos.

Essa reviravolta se consolidou pelo golpe de misericórdia dado à cisão, não somente entre o pensamento jurídico e a teoria econômica, mas, sobretudo, da teoria econômica em relação às demais ciências sociais, como referiu *Joseph Schumpeter*, pelo **individualismo metodológico** (SCHUMPETER, 1908-9, vol. 23, p. 213-32).

Schumpeter apontou à nítida separação entre os progressistas e os neoclássicos, haja vista que estes últimos passaram a considerar irrelevante à ciência econômica qualquer pesquisa que fosse direcionada à inter-relação das preferências humanas, à adaptação e à sobrevivência. Para a orientação neoclássica, posta em direção da organização industrial⁵, o importante era

⁵ Importante salientar nesse contexto o ensaio paradigmático de Coase (1937).



reconhecer que todas as coisas demandadas, produzidas e pagas assumiam um determinado modelo, unicamente, porque fruto da vontade individual (SCHUMPETER, 1908-9, vol. 23, p. 216).

Era necessário, nesses termos, promover o *status* científico⁶, e o *status* científico viria justamente promovido pela revolução positivista. Tais implicações refletiriam de modo drástico na relação entre direito e economia, ou, melhor dizendo, na desqualificação do primeiro movimento *Law and Economics* como movimento científico propriamente dito.

Assumi importante destaque nesse contexto a psicologia racionalista como ciência positiva. Consubstanciada na ideia de *behaviorismo*, esta colocou a cientificidade das respostas externas como autêntico aparato voltado a edificar generalizações sociais a fim de, precisamente, compreender o comportamento de grandes grupos (WATSON, 1925).

Todavia, enquanto a psicologia se valeu do behaviorismo à compreensão de manifestações externas, a economia neoclássica ordenalista buscou na psicologia behaviorista o fortalecimento à sua compreensão do paradigma positivista, contudo, contrariamente à própria ciência da psicologia, reconheceu o behaviorismo não como um método capaz de trazer respostas externas, objetivas, em grande escala, mas sim, como valoração individual subjetiva em condições de escassez, o que, por resultado, fez revigorar a ideologia política conservadora, e, em alguma medida, o individualismo por esta defendido, anteriormente ameaçado pelas premissas redistributivas da *American Progressive Era*.

⁶ Necessário ressaltar o papel fundamental que teve a *Escola Austríaca de Economia* encabeçada, primordialmente, por *Carl Menger* a esse propósito. Na luta metodológica – mas, de algum modo, também política – contra os historicistas alemães e, posteriormente, contra os institucionalistas americanos, os austríacos, defensores da tradição subjetivista e dinâmica da análise dos processos de mercado, uniram-se aos teóricos do paradigma neoclássico – ordenalista – do equilíbrio a fim de manter a envergadura do *status* científico da teoria econômica. Contudo, tal estratégia teve um elevado custo, na medida em que o triunfo do próprio *status* científico da economia, depois de 1930, foi reconhecido como o triunfo da economia neoclássica – ordenalista –, em que o equilíbrio assumiu papel primordial, deslegitimando, ou, desconhecendo, o método científico da ação humana proposto pelos austríacos. Ver, para tanto: Huerta de Soto, ((n.d), p. 123 e ss.).



2 OS FUNDAMENTOS DO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*: A TEORIA DA EFICIÊNCIA (PARETO)

Por volta de 1930 a economia, tendo em vista os investimentos neoclássicos ordenalistas – influenciados e fortalecidos pelo **behaviorismo subjetivista** (HOVENKAMP, p. 1.031 e ss.) –, despiu-se de sua antiga definição, radicada a partir do pensamento clássico, como **ciência da riqueza**, e, em algum grau, posteriormente, da sua distribuição, para se tornar a **ciência da escassez** (COOTER, 1984, p. 507 e ss).

O abismo criado entre essas duas concepções se mostra de fundamental importância para a compreensão de todo o mecanismo que afastou a economia do direito durante o período da *Progressive Era* e que, mais adiante, no início da década de 1960, serviu para alavancar os fundamentos da implementação do discurso econômico na ciência jurídica, submetendo esta àquele.

Dito de outro modo, a observação da economia como ciência preocupada em explicar como as pessoas buscavam acumular riqueza, isto é, acumular bens, simultaneamente, com valor de uso e com valor de troca, percebida como **categoria objetiva**, fazia com que os estudos econômicos, inclusive aqueles dos primeiros marginalistas, fossem voltados à questões como: redistribuição, custo e demanda, relação utilidade/valor, definição do valor social de determinadas *commodities* à implementação de políticas públicas, etc.; contudo, a crítica posta em voga pela economia positivista encabeçada por *Lionel Robbins* (ROBBINS, 1932, p. 16), na busca de um outro nível de cientificidade, tratou de redefinir a economia como medida humana individual à resposta da escassez, encobrindo, com isso, qualquer compreensão objetiva da riqueza.

A economia, nesses termos, passou a ser nada além do que uma reflexão subjetiva da escolha individual no âmbito do mercado, uma **preferência revelada**, como colocou *Paul Samuelson* (1948, p. 242 e ss.)⁷. O fortalecimento ou a

⁷ Importante distinguir a concepção de *Samuelson* de *preferência revelada* daquela defendida por *Rothbard* de *preferência demonstrada*. A primeira, fundada na compreensão metodológica



diminuição do bem-estar geral, bem como manifestações externas de dor/prazer não eram – mais – evidências científicas, pela impossibilidade de verificação empírica, que permitiriam identificar mudanças ocorridas no próprio bem-estar.

Se a vontade individual de pagar era a única fonte determinante do valor de um bem, a compreensão de bem-estar teria de se desvincular de todo o arcabouço característico das ciências sociais e seguir os mesmos passos traçados pelo novo conceito de valor, isto é, teria de ser unicamente dependente da valoração individual agregada.

Nesse contexto, **economia do bem-estar e mercado competitivo** estariam entrelaçados mutuamente, na medida em que: a) a competição perfeita maximizaria a totalidade do bem-estar social; b) qualquer intervenção estatal, não justificada por uma falha no mercado, reduziria o bem-estar, ou, na melhor das hipóteses, traria consequências indeterminadas; c) mal distribuição da riqueza não poderia ser caracterizada como falha do mercado.

O impacto ideológico do ordenalismo promovido por *Robbins*, de assepsia metodológico-científica, foi levado às últimas consequências por *Milton Friedman* (1970, p. 1-43) e pelos positivistas da Escola de Chicago, sob o pressuposto da erradicação da moral e da ética na economia, cujo resultado possibilitou que se reestruturasse, restritivamente, a teoria econômica do bem-estar sob as vestes articuladas pela teoria – trilogica – da **superioridade eficiente**, em busca da **otimização**, produtora e produto do **equilíbrio** de Vilfredo Pareto (2006, p. 107 e s.).

A **teoria da eficiência de Pareto**, como foi conhecida, mitigou a corrente progressista da política estatal do bem-estar, na medida em que adotou a ideia falaciosa de incrementação do bem-estar geral pelo paradoxo criado na percepção individual subjetiva de melhora, cujo intuito seria evitar qualquer comparação

neoclássica – a escala de preferências de cada pessoa permanece inalterada no tempo –; a segunda, com base na *praxiologia* da *Escola Austríaca* – a preferência de cada pessoa é voltada somente ao momento em que age. Ver, para tanto: Rothbard (2001, p. 15 e ss.).



interpessoal da utilidade⁸. Resultado disso foi que se tornou insustentável, impossível, segundo esse critério, reconhecer a expansão do bem-estar geral pela transferência involuntária de riqueza; mas, de forma inversa, cada vez mais ampla a compreensão de que o fortalecimento do bem-estar aconteceria, naturalmente, pelas trocas de mercado.

Entretanto, com uma apreciação mais acurada, faz-se indispensável afirmar que nenhuma compreensão de melhoramento da utilidade total seria possível sem que se reconhecesse, necessariamente, alguns *standards* objetivos mínimos à comparação interpessoal da utilidade (PARETO, 2006, p. 95 e segs.). Dito de outro modo, os critérios de Pareto eram ineficientes, isto é, postos consciente ou inconscientemente, eram incapazes de, perante o seu próprio fundamento científico, trazer repostas satisfatórias a respeito do aumento da utilidade total da sociedade; independente disso, cumpriram de forma suficiente, talvez aquilo que se pode chamar de seu verdadeiro fim: ordenar as preferências individuais conexas à concepção de livre-mercado, sob as vestes do *liberismo* econômico⁹.

Para tanto, o critério **Pareto-superior** marca a relação de dois estados de coisas e determina que a melhora de um estado em relação ao outro é eficiente na medida em que, e somente na medida em que, ao menos uma pessoa reconheça a melhora no seu bem-estar – subjetivo – e nenhuma outra pessoa verifique qualquer diminuição no seu bem-estar – também subjetivo.

Nesse mesmo sentido, o critério *Pareto-ótimo* vem assinalado quando, para qualquer alocação de recursos, ou seja, para qualquer melhora no bem-estar individual de uma pessoa, seja necessário a diminuição no bem-estar de outra.

Ambas as concepções de eficiência criadas por *Pareto* estão interligadas, na medida em que existe a distribuição **Pareto-ótimo** quando inexistente a possibilidade

⁸ Nesse sentido, pressupõe-se utilidade total a capacidade de agregar, individualmente, funções de utilidade. Para o dimensionamento da questão ver a coletânea de ensaios de Coleman (2005, p. 67-133).

⁹ Ver Bobbio (2006, p. 98-99).



de aplicação do critério **Pareto-superior**, todavia, isso não quer dizer que, como coloca Coleman (2005, p. 129), não se atinja o estado de **Pareto-ótimo** por outros critérios que não o de **Pareto-superior**, como, por exemplo, **Kaldor-Hicks** e até mesmo **não-Pareto-superior**.

De todo modo, não tardaram argumentos para expor os limites da teoria da eficiência construída por Pareto, seja à sua relação com o utilitarismo como base normativa, seja ao mecanismo formal de compreensão da eficiência propriamente dita.

Não obstante tudo isso, se enaltece a seguir três críticas à teoria da eficiência de Pareto, ou seja, a primeira, coloca-se à intersecção da base normativa – utilitarista ordenalista – com o mecanismo formal de compreensão da teoria; a segunda, quanto ao próprio mecanismo formal de compreensão da teoria; e, a terceira, no seu aspecto ideológico, como seguem: **a) a crítica da impossibilidade:** pela impossibilidade real de informação e, ainda, pela incoerência da unanimidade em um específico estado de coisas – sem falar no caráter paradoxal e contraditório em que se coloca o requisito fundamental da teoria, a percepção individual subjetiva e incomparável de bem-estar, com a necessidade de uma percepção unânime ao alcance de uma determinada situação –, que vem fortalecida pela existência comprometedora de uma pluralidade de situações do mundo real; **b) a crítica do respeito/negação/suplantação do direito individual ao veto:** pelo caráter obrigatório de atingir o consenso e a unanimidade, isto é, em uma dada situação, mesmo esta sendo eficiente, não existe nenhuma possibilidade real de coerção à aceitação de todos sem que tal coerção à aceitação não negue o direito individual ao veto. Noutras palavras: ou o direito individual ao veto, se respeitado, impossibilita e descaracteriza a eficiência; ou, a eficiência se sobrepõe ao direito individual ao veto; ou, ainda, como auge disso tudo, a eficiência se enraíza numa **falácia normativa** à vista de suplantar o direito individual pelo consenso¹⁰; **c) a crítica da manutenção**

¹⁰ Aqui é interessante se valer da metáfora colocada por Polinsky (2003, p. 1-2). Um acidente marítimo deixou um físico, um químico e um economista presos em uma ilha deserta, sem alimento. Depois de alguns dias eles encontraram uma lata de feijão. Os três se reuniram e cada



do status quo e da supressão da justiça distributiva: em se tratando, teoricamente, de situação **ótima de Pareto** – isto é, uma dada situação se assume como **ótima de Pareto** quando não se pode, em hipótese alguma, melhorar as condições – subjetivas – de um indivíduo sem, com isso, piorar as condições de outro – o *status quo* deve permanecer inalterado, mesmo que se suprima a justiça distributiva, na medida em que é tanto **ótima de Pareto** uma sociedade **A** que acumula todos os recursos a **X** e nenhum a **Y**, como uma sociedade **B** que divide os recursos à metade para **X** e **Y** (CALSAMIGLIA, 1987, n. 4, p. 273).

3 AS DENÚNCIAS DE *JULES COLEMAN* À EFICIÊNCIA DE PARETO: PROBLEMAS ELEMENTARES AO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

Jules Coleman (2005, p. 96 e ss.) vai ao ponto fulcral da discussão e indica o problema da proposta de eficiência desenvolvida por Pareto na vinculação dessa ao ordenalismo subjetivo da utilidade, na medida em que o utilitarismo ordenalista assumiu – foi colocado – como o fundamento normativo da eficiência.

Sob dois aspectos, um consequencialista e outro não, *Coleman* levanta alguns questionamentos inerentes ao utilitarismo aplicado para o – ou delineado pelo – pensamento econômico. Sem questionar o caráter consequencialista, ele interpõe: quais preferências devem prevalecer, isto é, quais são os limites das preferências? Como o ordenalismo pode se dedicar à promoção da utilidade total da sociedade sem recorrer à distribuição, e, ainda, acrescenta-se, sem valorizar as

um deus a sua opinião a respeito da melhor forma de abrir a lata. O físico propôs o seguinte método: *i've calculated that the terminal velocity of a one-pound object – the weight of the can – thrown to a height of twenty feet is 183 per second. If we place a rock under the can the impact should just burst the seams without spilling the beans.* O químico deu sua resposta, contrariando o físico: *that's risky since we can't be sure we will throw it to the correct height. I've got a better idea. Let's start a fire and heat the can on the coals for one minute, thirty-seven seconds. I've calculated that this should just burst the seams...* O economista reagiu e achou a ideia de ambos complicada, dizendo: *both of your methods may work, but they are too complicated. My approach is much simpler: Assume a can opener.* Polinsky refere que a história contém uma *verdade* e uma *mentira*: a verdade é que os economistas trabalham com *assunções*; a mentira é que as *assunções* sejam ridículas. Infortunadamente, ele acrescenta, pensando bem, a mentira nem sempre é uma mentira.



questões próprias de um custo marginal crescente e de um benefício marginal decrescente¹¹? Como quantificar o aumento da utilidade total sem a concepção da comparação interpessoal? Todas essas questões ficam à mercê – somente – de respostas ideológicas e se fragilizam ainda mais quando são aceitas as críticas que dizem respeito ao caráter consequencialista do utilitarismo¹², desenvolvido, é preciso que se coloque, à concepção da eficiência econômica *paretiana*, isto é, de uma razão moral geral para perseguir suas provisões.

Nesse ponto é importante fazer um adendo, na medida em que as interrogações consequencialistas da doutrina utilitarista, colocadas à discussão anglo-saxônica, dizem respeito às violações de princípios morais para o aumento da utilidade total, como também à obrigação de um determinado indivíduo em agir em benefício de outros, rompendo com a liberdade individual. Defende-se aqui, se o caso assim necessitar, uma nomenclatura diferenciada, com, talvez, resultados mais nítidos, quer-se dizer: a não violação de princípios constitucionais voltados à proteção de direitos fundamentais, em benefício do aumento da utilidade total; bem como a não obrigação de um indivíduo agir à vantagem de outros, na medida em que exista a garantia – por aqueles princípios constitucionais – de sua não obrigatoriedade.

Mais: em virtude do caráter assumido pelo direito, sobretudo nas últimas décadas do século XX e nessa primeira década do século XXI, isto é, em virtude do papel transformador à sociedade que o direito avoca, entende-se como inconcebível conduzir a eficiência econômica nos moldes *paretianos*, tendo como base normativa a ordenação de preferências individuais de utilidade – ou bem-estar – não comparáveis entre si, haja vista que de nada auxilia à implementação de garantias de direitos e/ou políticas públicas determinadas constitucionalmente.

¹¹ Ver a ideia de preferências sociais não lineares de *Nash* e *Rawls*. Um bom exemplo é dado no texto de: Parisi. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Authors.html>>. Acesso em: jul. 2009.

¹² Essa crítica consequencialista somente pode ser levada em consideração na medida em que se admite a intrínseca relação entre eficiência e utilitarismo, como fez *Richard Posner* ao tratar do assunto. Posner (1979, n. 8, p. 103-140).



Como intervêm Calabresi e Bobbit (2006, p. 89 e seg), existe um equívoco na compreensão e na confiança em relação ao critério *paretiano* desenvolvido pela economia do bem-estar neoclássica subjetivista: este, expresso nos moldes do próprio **teorema de Coase** (1960) – dada a assunção de que os envolvidos nas negociações tenham: **conhecimento substancial dos fatos, racionalidade perfeita, ausência de custos de transação e ausência de efeito na renda** – revela, justamente, o seu falimento como guia para escolhas políticas, porque, à parte o **custo de criação/manutenção do mercado** – que é excluído do teorema –, uma hipótese **X** não ligada ao mercado não tem como ser julgada sob os critérios *paretianos*, pois emersos da economia do bem-estar neoclássica, ou seja, de uma teoria estritamente desenvolvida e vinculada ao mecanismo do mercado, que, por sua vez, emprega uma validade axiomática diversa entre expressões de preferências externas àquelas internas ao mercado.

Contudo, isso não impõe que a teoria formulada por Pareto não seja válida, de forma estrita, à ciência economia, e nada impede, da mesma forma – e sobretudo – que a teoria formulada por Pareto seja observada por um outro critério normativo, na medida em que, e, contrariamente àquilo que pensou Richard Posner (1979, n. 8, p. 105 e ss.), embora a eficiência de Pareto tenha sido construída vinculada ao utilitarismo ordenalista, pensado nos moldes da economia subjetivista, essa vinculação é passível de ruptura, e outro critério normativo, tranquilamente, pode ser elaborado/reconhecido/aplicado, ao ranqueamento paretiano de estados sociais. Porém, é imprescindível referir – e deixar claro – que a discussão acerca do caráter moral do utilitarismo vem à tona, somente, numa percepção externa à ciência econômica e não assume nenhuma relação intrínseca com a ordenação de preferências individuais não comparáveis entre si, tal qual propôs a economia subjetivista.

Noutras palavras, se a proposta de eficiência de *Pareto* veio para barrar a comparação do bem-estar individual, e, por isso, talvez, teve essa compreensão utilitarista, que, mais uma vez se afirma, lhe é própria – mas não necessária –



enquanto ordenalismo subjetivista na economia, ela também, em virtude dessa mesma compreensão, foi eficaz em barrar qualquer possibilidade de verificação do bem-estar geral da sociedade e, assim, mostrou-se inócua para o sistema jurídico-político à promoção de políticas sociais redistributivas tal qual delineadas pelo **Estado de Direito Contemporâneo**¹³.

Entretanto, aplicável, exemplificativamente, ao interesse pessoal determinado pelo *liberismo* econômico, bastando, para tanto, assumir como premissa que o mercado é um *locus* eficiente e que as trocas racionais ali efetivadas, nas arestas do **teorema de Coase** – como resultado do interesse de indivíduos bem informados e com custo zero de transação –, são unanimemente consentidas, e resultantes, por isso, da expressão da liberdade individual, prova, por consequência, de uma moralidade autônoma.

Com efeito, tratando com maior cuidado esse último argumento, por óbvio, é possível afirmar, argumentativamente, que nem o mercado é eficiente, visto que nem todas as transações têm custo zero, e, de forma recursiva, nem os indivíduos que ali agem são sempre bem informados, visto que nem todos os resultados são eficientes.

Supor, desse modo, que as ações individuais no mercado não, necessariamente, são eficientes – nos moldes *paretianos* –, repercute, além disso, de forma indireta, no fortalecimento do argumento que impossibilita a assunção da eficiência como condicionante do papel da esfera pública.

Isso porque a busca pela eficiência pode descaracterizar o livre-mercado e, desse modo, causar aporias: ou se assume que o livre-mercado não é eficiente, e se privilegia a compreensão *liberista* que propõe a não intervenção da esfera pública no mercado; ou se privilegia a eficiência, em detrimento à compreensão *liberista*, e se assume a necessidade de intervenção da esfera pública.

¹³ O *Contemporâneo* aqui empregado com “c” maiúsculo refere-se ao conteúdo social assumido pelo estado no decorrer do século XX, sobretudo a partir da sua segunda metade. Ver, para tanto: Bolzan de Moraes (2002, p. 34).



Admitindo-se o acima colocado, por um lado, ocorre a perda de sentido do argumento que reconhece a eficiência como expoente da liberdade individual – ao menos àquela compreensão *liberista* – e prova de uma moralidade autônoma; por outro, paradoxalmente, a eficiência pode voltar a ser um argumento vinculado ao utilitarismo à busca da promoção do bem-estar geral, mas para ser levado a sério esse vínculo, justamente o que eficiência *paretiana* veio conter, torna a aparecer, ou seja, os *standards* de comparação interindividuais, sem os quais nada pode justificar a intervenção estatal à promoção do bem-estar, pois o seu escopo pretende o resgate da maximização da utilidade total, a não ser que, em última análise, a eficiência seja sua própria justificação – a justificação da intervenção da esfera pública *sobre*¹⁴ o mercado – já que em economia, ao menos em respeito ao que dela pensa o **segundo movimento da *Law and Economics***, a eficiência é preferível à ineficiência¹⁵.

4 (SEM) LIMITES E (SEM) VÍNCULOS JURÍDICOS: A REFORMULAÇÃO INTERNA DO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

De todo modo, a eficiência econômica tem de encontrar no sistema jurídico, não o mecanismo apto para se promover/proteger, como o fim de, com isso, gerir o próprio sistema jurídico, mas sim o seu limite e vínculo, enquanto esse é o instrumento voltado, sobretudo, à garantia de direitos fundamentais, que, consoante os ditames constitucionais, submete, tanto o exercício do poder econômico – eficiente ou não eficiente –, como o exercício do poder político eleito democraticamente.

¹⁴ A intervenção da esfera pública *sobre* o mercado – diferente da intervenção *no* mercado – tende a consolidar a política neoliberal, isto é, visa a *que as regras do jogo econômico sejam asseguradas e o “livre mercado” possa atuar*. Ver, nesse sentido, Scaff (2001, p. 6). Também, ver: Grau (2007, p.146-9).

¹⁵ Coleman (2005, p. 127), sustenta que esse pensamento proveniente do segundo movimento da análise econômica do direito acaba por se caracterizar como um erro fundamental, na medida em que *in economic theory, not every efficient distribution is preferable to every nonefficient one*.



Assim, a distribuição de recursos se dá conforme estipulado pelo sistema jurídico à garantia dos direitos fundamentais, isto é, nem o direito tem como fim a busca da eficiência econômica, tampouco a ela está submetido/vinculado para o alcance de seus fins.

Não obstante tudo isso, a análise econômica voltada ao direito, incapaz de resolver o problema do caráter científico da comparação interpessoal, nos moldes do **positivismo lógico** por ela entendido e aplicado, ou seja, nos critérios de verificabilidade e falseabilidade empírica de cada assertiva delineada, fechou-se em si mesma e trouxe a resposta numa síntese muito, se pode colocar, contraditória, haja vista que, sem se afastar do **discurso subjetivista de Robbins**, mas reconhecendo a necessidade do sistema jurídico de trabalhar com medidas objetivas em relação ao bem-estar, sobretudo em situações colocadas ao lado de fora das práticas negociais do mercado, a Análise Econômica do Direito fundamentou-se, ou, jamais deixou de fundamentar-se, a despeito de sua **normatividade intrínseca**, numa teoria subjetiva e incomparável da escolha, e objetiva quanto a sua unidade de medida: **a teoria microeconômica do preço**¹⁶.

Dito de outro modo, paradoxalmente, pela não aceitação científico-teórica proveniente da *mainstream economics* em relação à comparação interpessoal do bem-estar, mas pelo reconhecimento dessa própria necessidade, em se tratado, mais do que da sua aplicação ao direito, do intuito de adentrar nos fundamentos

¹⁶ A crença na *teoria do preço* como mecanismo fundamental à estabilidade social veio, sobretudo, por meio dos monetaristas, em especial *Milton Friedman*, cujo pensamento potencializou a guinada conservadora já existente na *Chicago University*. Tal visão conservadora foi desenvolvida sob a ótica de *Frank Knight* e levada a cabo por *Aaron Director*, criador, em 1958, do *Journal of Law and Economics* e responsável pelo início da implementação dos princípios econômicos neoliberais às disciplinas jurídicas da própria universidade. Ver, para uma compreensão histórica, Duxbury (1997, p. 330 e ss.). Também, Mackaay (2000, p. 75 e ss.). Quanto ao pensamento de *Friedman* ver: FRIEDMAN, 1982, p. 15 e segs. A aplicação da *teoria do preço* para as disciplinas jurídicas não diretamente voltadas ao mercado tem como ponto inicial o trabalho de *Gary Becker*. Foi ele quem deu a grande virada no *segundo movimento Law and Economics*, estendendo a análise econômica, por exemplo, ao crime, à discriminação racial, ao casamento e ao divórcio, *that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends* ver: Becker (1976, p. 8). Sobre a importância de Becker para a análise econômica do direito ver: Posner (1979, n. 22, p. 211-215).



subjacentes ao pensamento jurídico e possibilitar: por um lado, profundas reformulações e releituras¹⁷; por outro, por meio dessas reformulações e releituras, a adequação e a submissão daqueles fundamentos aos critérios desenvolvidos pela ciência econômica, foi que *Posner* – o nome mais nítido e expressivo do segundo movimento da Análise Econômica do Direito, mas, também, o nome mais conturbado em se tratando da posição teórica do próprio movimento – buscou salvar a eficiência das críticas postas ao utilitarismo como base filosófica normativa, especialmente no que se refere ao seu aspecto de incomparabilidade do bem-estar individual, pela substituição desse pela maximização da riqueza¹⁸.

Na verdade, o que *Posner* propôs foi, não somente a substituição da – impossível – comparação interpessoal do bem-estar pela – possível – comparação da riqueza, mas a substituição da eficiência, em bases paretianas, pela maximização da riqueza, cuja base à eficiência se transformou no **princípio de compensação potencial** – dos prejudicados: a conhecida **eficiência de Kaldor-Hicks** (POSNER, 1981, p. 49 e ss).

Nos anos finais da década de 1930, *Nicholas Kaldor* e *John R. Hicks* revigoraram a proposta de *Pareto* à manutenção – sofisticação – de sua cientificidade e aplicabilidade, tendo em vista as inúmeras críticas recebidas, sobretudo em relação à possibilidade de comparação interpessoal da utilidade.

Todavia, contrariamente à teoria edificada por *Pareto*, na qual se verificou a necessidade de reconhecer a comparação interpessoal de preferências à

¹⁷ *Minda* esclarece que a economia, diante das crises das escolas jurídicas – no contexto americano: *Legal Process* e *Right Bases* –, foi a disciplina que conseguiu, a um preço altíssimo, porém, trazer respostas aos problemas legais. Ver: *Minda* (2001, p. 141 e ss.).

¹⁸ A substituição do princípio da utilidade pelo princípio da maximização da riqueza começa a ser elaborada por *Posner* na edição de 1972 do seu livro teórico inicial *Economics Analysis of Law*. (POSNER, 2007). Formam a mudança, ainda, os textos: *Posner* (1979, n. 22, p. 103-40). Também vem delineado em: *Posner* (1981, p. 13 e ss., 60 e ss.). *Posner* (1990, p. 391 e ss.). O princípio da maximização da riqueza é reconduzido por *Posner* e atinge uma denotação não mais *ética*, mas *pragmática* em: *Posner* (2004, p. 102 e ss.). Quanto aos critérios do pragmatismo promovido por *Posner* ver as críticas de: *Dworkin* (2007, p. 75-8 e 105-11). Um apanhado geral sobre os argumentos e críticas a *Posner* se encontra em: *Reyerson*, Disponível em: <<http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>>. Acesso em: out. 2012. Também em: *Cole* (2007, n. 59, p. 1.735-1.752).



possibilidade de identificar qualquer grau de aumento na utilidade total de uma determinada circunstância, o critério de *Kaldor-Hicks* (KALDOR, 1939, p. 706), na medida em que definiu que os **vencedores** de uma apontada situação deveriam ter lucrado mais do que os **perdedores** teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente¹⁹, pressupôs, de imediato, uma comparação interpessoal de preferências, mas mesmo essa comparação interpessoal de preferências, sob a base proposta pelo critério *Kaldor-Hicks* de eficiência, não teve condições **científicas** de indicar o crescimento da utilidade total de um determinado contexto, tendo em vista a sua submissão ao **paradoxo de Scitovsky** (SCITOVSKY, 1941, n. 9, p. 77-88), isto é, ao fato de dois estados contextuais diversos serem reconhecidos como Kaldor-Hicks eficientes um ao outro²⁰.

Desse modo, como recorrer à comparação pessoal de bem-estar em critérios paretianos queria dizer recorrer a *Standards*, única forma de permitir a avaliação da utilidade total de um determinado contexto, mas, conseqüentemente e sobretudo, queria dizer abrir precedente à justificação de políticas públicas (re)distributivas, contrariando, desse modo, a própria concepção ideológica da teoria de Pareto, ou seja, justamente àquilo que a eficiência de Pareto buscou evitar; e, como a comparação pessoal de utilidade/bem-estar promovida pela eficiência de *Kaldor-Hicks* trazia inconsistência aos critérios de preferências assumidas, por conta do já citado *paradoxo de Scitovsky*, era necessário objetivar não as características que traziam o conceito de eficiência em si, seja aquele de *Pareto* ou de *Kaldor-Hicks*, mas a base normativa à comparação dos critérios de preferências: surge, dessa relação, o **sistema de maximização da riqueza** como **critério standard** objetivo para formar a base normativa da eficiência.

¹⁹ Ou, ainda, numa *versão frágil* da eficiência de Kaldor-Hicks, os vencedores, após a compensação, encontram-se, ao menos, na situação originária de alocação de recursos. Ver: Chiassoni (1992, p. 242).

²⁰ Ver o exemplo do paradoxo de Scitovsky em: Coleman (2005, p. 127).



Foi dessa forma que o segundo movimento da *Law and Economics*, capitaneado por *Richard Posner*, conseguiu defender sua ideologia política, mantendo-se fiel ao liberismo econômico, sem precisar argumentar a favor da incomparabilidade de escolhas individuais²¹, na medida em que a riqueza, como **valor social genuíno**²², pôde ser comparável interindividualmente, isto é, como caracterização de um estado de coisas que possibilitou o seu ranqueamento pelos critérios de *Pareto* ou de *Kaldor–Hicks*.

Todavia, embora teoricamente resolvido – na perspectiva da análise econômica – o problema da comparação de preferências²³ por meio da implementação da maximização da riqueza como critério normativo da eficiência, assumi-la como função basilar do direito, seria – além da impossibilidade de se encontrar qualquer legitimação/justificação interna à sua aplicação – determinar muito mais do que a unificação da ciência econômica à ciência jurídica; seria acabar com a autonomia do direito, determinando a submissão deste àquela.

E não importa, como quis evidenciar *Posner* no seu **giro pragmático**²⁴, que o sistema de maximização da riqueza tenha passado de uma justificação ética – como um conceito ético – para outra pragmática, focada na **melhor decisão** em direção das necessidades presentes e futuras da sociedade; a maximização da riqueza se mostra incompleta e antijurídica, pois, paradoxalmente, na medida em que visasse a reconhecer direitos básicos, fundamentais a todos os seres humanos,

²¹ Anderson (1993, p. 44 e ss.), esclarece, e aí se compreende, ainda mais, a concepção de Posner, que qualquer política de maximização de um determinado valor requer a sua comensurabilidade.

²² Esse é o argumento de Posner para justificar a busca da maximização da riqueza pelo poder público. Da mesma forma que foge da crítica interna à análise econômica do direito, desvinculando a riqueza de termos estritamente monetários, na medida em que somente trocas envolvendo preço seriam capazes de maximizar a riqueza. De todo modo, o preço vincula-se à demanda e a demanda, em parte, é o resultado do exercício de direitos fundamentais, que, por sua vez, não são gerados pela maximização da riqueza. Ver a crítica em: Coleman (2005, p. 108 e ss.). A defesa da maximização da riqueza está em: Posner (2004, p. 98-100).

²³ As preferências, de toda forma, contam, somente se vistas como negócios no mercado

²⁴ A concepção de Posner para voltar-se a uma ideia pragmática teve como fomento evitar a crítica existente de que o segundo movimento da análise econômica do direito viria a ser um novo langdellismo. Ver: Minda (1978, n. 39, p. 439). Ver, também a crítica em: Rosa; Linhares (2009, p.166 e ss.).



como requer o modelo de estado constitucional do segundo pós-guerra, acabaria por se afastar do seu fim e prejudicar o pleno funcionamento do seu próprio sistema, voltado à eficiência econômica.

Isso porque o direito tem um mero valor instrumental à análise econômica, e esta, na busca da maximização da riqueza – utilizada como característica desejável de um estado de coisas e assumida como fim da sociedade para a sua nivelção pelo uso da eficiência – somente tende a respeitar direitos, isto é, implementa mecanismos à sua efetivação/garantia, na medida em que essa efetivação/garantia seja necessária/requerida pela eficiência econômica à maximização da riqueza.

Indo além: tampouco a análise econômica visa a criar/expandir direitos, pelo simples fato de que para as propostas teóricas do segundo movimento *Law ad Economics* a imagem do próprio direito não existe fora da busca, incessante, da maximização da riqueza, o que acarreta: a) a falha em levar em conta qualquer outra preferência pessoal que não seja a riqueza; b) a falha em tratar todas as pessoas como iguais, na medida em que deixa de lado uma base inicial de distribuição de direitos²⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, como visto, a eficiência não está vinculada endogenamente ao utilitarismo, nem se estabelece como sinônimo moral da liberdade, tampouco pode ser enquadrada, ainda mais se compreendida pelo princípio normativo da maximização da riqueza, em uma concepção consensual do contratualismo, seja pelo seu lado abstrato, seja pelo seu lado concreto – que se vincula à liberdade. Ou seja, sob o aspecto abstrato do consenso contratualista, a busca da eficiência não pode ter uma força ontológica assegurada, sobretudo quando não está assegurada a ideia mesma de autonomia/liberdade individual, na sua mais ampla

²⁵ Como coloca Coleman (2005, p. 108 e ss.).



compreensão²⁶; sob o aspecto concreto, justamente quando assegurada a autonomia/liberdade individual, é antitética a compreensão da eficiência como razão moral abstrata do direito.

Em outras palavras, o consenso dado concretamente a uma determinada situação, que cause uma alocação de recursos ótima de Pareto, ou que aceite uma compensação, produzindo um resultado *Kaldor–Hicks* eficiente, não é sinônimo de uma aceitação abstrata da eficiência como critério normativo à ação da esfera pública/privada, seja no aspecto primordialmente político no caso da primeira, seja no aspecto iminentemente jurisdicional, em relação à segunda²⁷.

Tal perspectiva acarreta a ideia que uma política pública eficiente, ou uma transação negocial privada eficiente, não são por si só válidas ou de acordo com o sistema jurídico. Estas somente serão – validas ou de acordo com o sistema jurídico – se substancialmente assim reconhecidas no próprio sistema, independentemente da concepção de eficiência econômica: qualquer arranjo institucional depende de uma teoria do direito e se essa teoria do direito é fundada no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais, como o são os contemporâneos estados de direito, nem o sistema jurisdicional tem o dever de perseguir a eficiência na resolução de casos concretos, tampouco as políticas sociais determinadas pelas demais funções do poder público têm de ser eficiente em âmbito econômico.

Se, na melhor das hipóteses, para determinar qual parte tem razão em um litígio de responsabilidade é necessário, também, um argumento econômico à delimitação da compensação por danos causados, tal necessidade não implica no enalço, de forma alguma, da eficiência econômica como critério normativo do direito²⁸, já que para uma implementação desse nível, como sustenta Coleman

²⁶ Quanto à ideia de liberdade ver Ferrajoli (2007, p. 303 e ss.).

²⁷ Segundo Kornhauser (2006). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>>. Acesso em: out. 2012. Uma das grandes discussões em relação à análise econômica do direito contemporânea tem a ver com o conceito de direito por esta desenvolvido e, sobretudo, pelo ontológico caráter normativo que o direito assume.

²⁸ É importante ressaltar, nessa perspectiva, os trabalhos de Guido Calabresi, um dos precursores do segundo movimento *Law and Economics*, cujos fundamentos, em algum grau, se afastam do



(2005, p. 130 e ss.), mostra-se imprescindível o rearranjo da concepção de **competência institucional**, como também da própria ideia de **decisão judicial**.

Porém, na medida em que se toma o caminho de tal implementação, ou seja, na medida em que se redireciona – em virtude da eficiência econômica – a competência das instituições, bem como da própria determinação dessa às decisões judiciais, o que entra em jogo é, sobretudo, a ideia de democracia e de direitos fundamentais que as fundamenta, desenvolvidas, ambas, à base do estado constitucional do segundo pós-guerra.

Nesses termos, a eficiência não é suficiente, nem necessária à validade interna do direito – a não ser que vá contra as próprias bases do estado constitucional de direito – o que não presume que deixe de ser, talvez, uma filosofia política, externa ao sistema jurídico, cujo argumento ainda está à busca de uma intrínseca justificação político-teórica que seja capaz de não romper com os fundamentos do estado constitucional: da garantia dos direitos fundamentais e da ideia jurídica de democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Elizabeth. **Value in Ethics and Economics**. USA: Harvard University Press, 1993.
- BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democrazia**. Milano: Simonelli Editore, 2006.
- BOLZAN de MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: **The Yale Law Journal**. Vol. 70. N° 4, 1961.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Scelte tragiche**. Giufrè Editore: Milano, 2006.
- CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. In: **Hofstra Law Review**. N° 8, 1980.

núcleo duro neoclássico promovido pela Escola de Chicago. Nessa perspectiva está a relação proposta por Calabresi entre justiça e eficiência, o que, por sua vez, não deixou de sofrer críticas contundentes, sobretudo por parte de Ronald Dworkin. Ver: CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 70. N. 4, 1961. Sobre a polêmica com Dworkin ver: Dworkin (1980, n. 8, p. 563-564). E a resposta de Calabresi: (1980, n. 8, p. 553-554).



- CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. In: **Doxa**, N°4, 1987.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Law and Economics**: l'analisi economica del diritto negli Stati Uniti. Torino: Giappichelli Editore, 1992.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. In: **Journal of Law and Economics**, October, 1960.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**,(n.s.) , N°. 4., 1937.
- COLE, David. The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11. In: **Stanford Law Review**. N° 59. 2007.
- COLEMAN, Jules. **Markets, Morals, and the Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- COOTER, Robert; RAPPOPORT, Peter. Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics? In: **Journal Economics Literature**. N° 22, 1984.
- DWORKIN, Ronald. Why Efficiency? In: **Hofstra Law Review**. N° 8, 1980.
- DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. **Teoria del diritto e della democrazia**. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FRIEDMAN, Milton. The methodology of Positive Economics. In: **Essays in Positive Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: **The Economic Journal**, December, 1939.
- HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economics Movement. In: Stanford Law R HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: **The Economic Journal**, December, 1939. Review. Vol. 42, 2009.
- HUERTA DE SOTO, Jesús. **Escola Austríaca. Mercado e criatividade empresarial**. Lisboa: O Espírito das Leis Editora, (n.d).
- KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparison of Utility, In: **The Economic Journal**, September, 1939.
- KORNHAUSER, Lewis. **The Economic Analysis of Law**, 2006. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>.
- MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- MINDA, Gary. **Teorie posmoderne Del diritto**. Bologna: Mulino, 2001.
- MINDA, Gary. The lawyer–Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. In: **Ohio State Law Journal**. N° 39, 1978.
- PARISI, Francesco. **Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Authors.html>. Acesso em julho de 2009.
- PARETO, Wilfredo. **Manuale di economia política**. Milano: EGEA, 2006.
- POLINSKY, Mitchell A. An Introduction to Law and Economics. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- POSNER, Richard. A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. In: **The Journal of Legal Studies**. N° 8, 1979
- POSNER, Richard A. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. In: **Journal of Legal Studies**. N° 22, 1979.
- POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de cultura econômica, 2007.
- POSNER, Richard. **The Economic of Justices**. Topeka: Topeka Bindery, 1981.
- POSNER, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. USA: Harvard University Press, 1990.
- POSNER, Richard. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.



REYERSON, James. The **Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner**. Disponível em: <http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>. Acesso em outubro de 2012.

ROBBINS, Lionel C. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. London: Macmillan, 1932.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ROTHBARD, Murray N. Man. **Economy and State. A Treatise on Economic Principles with Power and Market Government and the Economy**. 2. ed. Auburn. Alabama. Ludwig Von Mises Institute, 2001.

SAMUELSON, Paul A. Consumption Theory in Terms of Revealed Preference. In: **Econômica**. Nº 15, 1948.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001.

SCITOVSKY, Tibor. A Note on Welfare Propositions in Economics. In: **Review of Economics Studies**. Nº 9. 1941.

SCHUMPETER, Joseph. On the Concept of the Social Value. In: **Quarterly Journal of Economics**. Volume 23, 1908-9.

WATSON, John B. **Behaviorism**. New York: People's Institute Publishing Company, 1925.